

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 220-2015-OS/TASTEM-S2

Lima, 24 de noviembre de 2015

VISTO:

El Expediente N° 201100102665 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A., representada por el señor Guillermo Schoof Angobaldo, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 1591-2015 de fecha 08 de julio de 2015, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1591-2015, la Gerencia de Fiscalización Minera, en adelante GFM, sancionó a COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A., en adelante BUENAVENTURA, con una multa total de 31.36 (treinta y uno con ochenta y seis centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al literal b) del artículo 236° del RSSO La circulación de aire en el Nivel 3340 – By Pass 386 no se mantiene en una cantidad suficiente acorde a las necesidades del personal y los equipos, al haberse verificado una cobertura del 40%.	Numeral 1.1.10 del Rubro B ²	1.06 UIT

¹ RSSO

Artículo 236°.- El titular minero dotará de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador. Todo sistema de ventilación en la actividad minera, en cuanto se refiere a la calidad del aire, deberá mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al ANEXO N° 4 y lo establecido en el Decreto Supremo N° 015-005-SA o la norma que la modifique o sustituya. Además debe cumplir con lo siguiente:

(...)

b) En todas las labores subterráneas se mantendrá una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna, así como para la dilución de los gases que permitan contar en el ambiente de trabajo con un mínimo de 19.5% de oxígeno. (...)

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras Rubro B

Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera:

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno

1.1. En minería subterránea

1.1.10 Ventilación

Base legal: Arts. 236°, 237°, 238°, 239°, 240° y 255° del RSSO

Sanción: Hasta 400 UIT

Infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO³ Se permitió el ingreso a labores de mina subterránea de los equipos diesel, con niveles de emisión de monóxido de carbono por encima del límite máximo permisible:			Numeral 3.9.2 del Rubro C ⁴	1 UIT
Equipo	Medición de CO en ppm	Exceso del LMP		
Dumper N° 5	705	205		
Camioncito V2X-906	931	431		
Dumper N° 4	652	152		
Camioncito V3R-910	731	231		
Camioneta V6R-870	650	150		
Infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO⁵ En las siguientes labores no se cumple el límite mínimo de velocidad de aire establecido por el RSSO:			Numeral 1.1.10 del Rubro B	29.80 UIT
Ubicación del punto de medición	Nv.	Resultado de medición		
Tajo 886	Nv. 3340	11.1 m/min		
R.B. N° 2 – By Pass 900 W	Nv. 3440	12 m/min		
TOTAL				31.86 UIT⁶

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- Con fecha 23 al 27 de julio de 2011, la empresa supervisora CLEAN TECHNOLOGY S.A.C., en adelante la Supervisora Externa, realizó la supervisión en la Unidad Minera Orcopampa de titularidad de BUENAVENTURA, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones del RSSO en el desarrollo de sus actividades⁷.
- Mediante escrito de registro N° 201100103531 de fecha 11 de agosto de 2011, la Supervisora Externa remitió a este Organismo el Informe N° 11-SE-SHM-CLEANTECH de agosto de 2011, con los resultados de la supervisión efectuada.
- A través de los escritos de registro N° 201100102665, N° 201100102667 y N° 201100108692 de fechas 10 y 22 de agosto de 2011; BUENAVENTURA presentó

³ RSSO

Artículo 104°.- En las minas subterráneas convencionales o donde operan equipos con motores petroleros, deberá adoptarse las siguientes medidas de seguridad:

(...) d) Las operaciones de las máquinas a petróleo se suspenderán, prohibiendo su ingreso a labores de mina subterránea: (...)

2. Cuando la emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono y de vapores nitrosos, medidos en las labores subterráneas.

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras Rubro C

Incumplimiento de Normas de Bienestar, Higiene y Salud Ocupacional

3. Incumplimiento de Normas de Higiene, Salud Ocupacional

3.9 Agentes químicos (límites de exposición)

3.9.2 Motores petroleros

Base legal: Arts. 104° y 272° literal b) del RSSO

Sanción: Hasta 200 UIT

⁵ RSSO

Artículo 236°.- El titular minero dotará de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador. Todo sistema de ventilación en la actividad minera, en cuanto se refiere a la calidad del aire, deberá mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al ANEXO N° 4 y lo establecido en el Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que la modifique o sustituya. Además debe cumplir con lo siguiente:

(...)

e) En ningún caso la velocidad del aire será menor de veinte (20) metros por minuto ni superior a doscientos cincuenta (250) metros por minuto en las labores de explotación, incluido el desarrollo, preparación y en todo lugar donde haya personal trabajando. Cuando se emplee explosivo ANFO u otros agentes de voladura, la velocidad del aire no será menor de veinticinco (25) metros por minuto. (...)

⁶ Para la determinación y graduación de la sanción se aplicaron los criterios específicos aprobados por Resoluciones de Gerencia General N° 035 publicado con fecha 03 de febrero de 2011 y N° 256-2013-OS/GG publicado con fecha 23 de noviembre de 2013.

⁷ La Unidad Orcopampa de titularidad de BUENAVENTURA se encuentra ubicada en el distrito Orcopampa, provincia de Castilla y departamento de Arequipa.

información relativa al cumplimiento de las recomendaciones formuladas durante la supervisión.

- d) Por medio del Oficio N° 290-2013-OS-GFM, notificado con fecha 10 de julio de 2013, obrante a foja 496 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- e) BUENAVENTURA no presentó descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 2011-102665 de fecha 30 de julio de 2015, BUENAVENTURA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1591-2015, en atención a los siguientes fundamentos:
 - a) La recurrente refiere que para determinar el costo postergado se toma como referencia los valores del *Salary Pack*, los mismos que se dividen entre 12 (doce) en lugar de dividirlos entre 14 (catorce), a pesar de que el único concepto que se excluye son las utilidades y no las gratificaciones por fiestas patrias y navidad.

De igual modo, el incremento del 4% del "concepto de uso de herramientas", no tiene ningún sustento.
 - b) Adicionalmente, afirma que no se han expresado las razones por la cuales, en el cálculo de la multa, la resolución impugnada ha considerado como costo postergado un (01) mes de sueldo de un supervisor o especialista encargado; así como tampoco la inclusión del concepto de "servicios no vinculados al costo de la supervisión", el cual no tiene sustento ni motivación alguna.
 - c) De acuerdo a ello, refiere que se ha transgredido el Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que no se ha motivado debidamente la aplicación del COK.
 - d) Indica que se debe considerar la subsanación de los incumplimientos imputados con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador.
 - e) Finalmente, manifiesta que es un error tomar como referencia la utilidad neta de BUENAVENTURA para calcular la ganancia ilícita por la operación, toda vez que ésta no sólo incluye la utilidad de la operación, sino también aquella generada en base a otros ingresos que no dependen de la actividad minera. Ello sin perjuicio que resulta forzado y sin sustento alguno considerar que el proceso productivo vinculado a la explotación en mina es responsable del 75% del valor.
- 3. A través del Memorándum N° GFM-477-2015, recibido con fecha 31 de julio de 2015, la Gerencia de Fiscalización Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

Sobre el alcance del recurso de apelación de BUENAVENTURA y extremos firmes de la Resolución N° 1591-2015

4. Al respecto, cabe indicar que de la revisión de los argumentos expuestos por BUENAVENTURA en su recurso de apelación, descritos en los numerales a) al e) del numeral 2 de la presente resolución, se advierte que sólo cuestiona la determinación y graduación de la multa impuesta.

En tal sentido, acorde con lo dispuesto en el artículo 212° de la Ley N° 27444, corresponde declarar que la Resolución N° 1591-2015 de fecha 08 de julio de 2015 queda firme en el extremo referido a la declaración de responsabilidad administrativa de BUENAVENTURA por la comisión de las infracciones al literal b) del artículo 236°, numeral 2 del literal d) del artículo 104° y literal e) del artículo 236° del RSSO⁸.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

5. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) al d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas⁹.

Asimismo, el Principio del Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la citada Ley, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁰.

En dicho contexto, se debe indicar que mediante Resolución de Gerencia General N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011, se aprobaron los criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las actividades mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD.

⁸ Ley N° 27444

*Artículo 212°.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto."

⁹ Ley N° 27444.

*Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

¹⁰ Ley N° 27444.

*Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo."

Posteriormente, a través del Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los valores para el factor probabilidad de detección, aplicables a la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios aprobado por la citada Resolución de Gerencia General N° 035¹¹.

De acuerdo a ello, el marco legal aplicable para la determinación y graduación de las sanciones previstas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, viene dado por la Resolución N° 035 y el Anexo 1 de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, expedidas por la Gerencia General de este Organismo.

A su vez, el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, indica que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta ilícita no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, este Principio prescribe que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación¹²:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido
- b) El perjuicio económico causado
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción
- e) El beneficio ilegalmente obtenido
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

Por su parte, MORÓN URBINA sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa¹³.

¹¹ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA ÚNICA.- El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas, que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035

¹² Ley N° 27444.

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

¹³ En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por

Ahora bien, en el presente caso se imputó a BUENAVENTURA las infracciones tipificadas en los numerales 1.1.10 del Rubro B y 3.9.2 del Rubro C del Anexo del mencionado Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, el cual prevé como sanciones aplicables unas multas de hasta 400 y 200 UIT, respectivamente.

Por lo tanto, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la GG aplicó la mencionada Resolución de Gerencia General N° 035, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad; así como el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, en lo relativo al factor de probabilidad de detección.

En atención a ello, en la parte introductoria del Anexo que forma parte de la resolución recurrida se precisó que el cálculo de la multa se realizó en función a la siguiente fórmula:

$$M_{\text{ex-ant.}} = \left(\frac{B}{P} \right) * A$$

Donde "B" es igual al beneficio ilícito, "P" corresponde a la probabilidad de detección y "A" representa los criterios de gradualidad, esto es, los factores agravantes y atenuantes.

En el presente caso, considerando que BUENAVENTURA sólo ha cuestionado aspectos relativos al valor asignado a los conceptos incluidos en el factor B (beneficio ilegalmente obtenido) y su debida motivación; en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dicho aspecto¹⁴.

Con relación al beneficio ilegalmente obtenido, el literal e) del rubro II de los criterios aprobados por Resolución de Gerencia General N° 035, establece que dicho factor debe incluir los "costos evitados", que se relacionan con la postergación (costo

Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"
(Subrayado agregado)

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

¹⁴ En atención al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

Ley N° 27444.

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)"

De otro lado, cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento N° 5 de la sentencia dictada en el Expediente N° 8327-2005-AA/TC y el literal e) del fundamento N° 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0896-2009-PH/TC, que el Principio de Debido Procedimiento comprende el de Congruencia Procesal

A mayor abundamiento, el Principio de Congruencia se encuentra reconocido, a su vez, en el artículo VII del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria de conformidad con su Primera Disposición Final.

postergado) u omisión de las inversiones (costos evitados en sentido estricto) destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las operaciones mineras; y/o el "beneficio ilícito", esto es, la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

De esta manera, para la estimación del factor en mención deben considerarse los costos de todos los componentes necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad; esto es, mediante el desarrollo de un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado del costo de ejecutar la obligación en la forma, modo y/o oportunidad establecidas (costos evitados y postergados); así como la utilidad o ventaja económica producida a favor del infractor por la comisión del ilícito (beneficio ilícito).

En cuanto al costo postergado:

- Para la infracción al literal b) del artículo 236° del RSSO, el numeral 1 del Anexo de la resolución de sanción señala que éste se fundamentó en la valorización de los materiales, equipos y mano de obra requeridas para mejorar el balance de aire en el Nivel 3340 by Pass 886; así como la contratación de 01 (un) especialista encargado, ingeniero de ventilación, responsable de planificar, diseñar todas las acciones conducentes para una circulación de aire suficiente y garantizar una atmósfera respirable y segura en el desarrollo de los trabajos subterráneos.
- Para la infracción al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO, el numeral 2 del Anexo de la resolución de sanción señala que dicho costo está referido a la valorización de los materiales y mano de obra necesarias para el mantenimiento de los equipos de combustión Diesel que ingresaron a las labores de mina subterránea cuyas emisiones por el escape excedían los 500 ppm de monóxido de carbono; así como la contratación de 01 (un) supervisor de seguridad, quien debió supervisar las mediciones de los diferentes equipos e impedir el ingreso de aquellos que superaban las emisiones de CO por encima de los 500 ppm en las labores subterráneas, realizar la paralización de los mismos y/o recomendar su envío al taller.
- Para la infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO, el numeral 3 del Anexo de la resolución de sanción señala que éste se fundamentó en la valorización de los materiales, equipos, mano de obra para mantener los niveles de velocidad de aire dentro del rango establecido en las labores Tajo 886 Nv. 3340 y R.B. N° 2 By Pass 900 W; 01 (un) especialista encargado, ingeniero de ventilación, responsable de planificar, diseñar todas las acciones conducentes para una circulación de aire suficiente y garantizar una atmósfera respirable y segura en el desarrollo de los trabajos subterráneos; así como la *ganancia ilícita*, expresada por la utilidad derivada de la extracción de mineral en el Tajo Tajo 886 Nv. 3340 (zona en la cual se detectó el incumplimiento).

Junto con lo anterior, BUENAVENTURA cuestiona el hecho de que se haya tomado como referencia los valores del Salary Pack y que se les haya dividido entre 12 (doce) en lugar de catorce (14), pese a que el único concepto excluido es el de utilidades y no las gratificaciones; y, asimismo, que se haya incorporado un valor de 4% por uso de herramientas.

Sobre dicho aspecto, debe tomarse en cuenta que los costos asociados al personal de mano de obra y especialista encargado se vinculan al sueldo que éstos perciben, esto es, a información que no se encuentra regulada por ningún dispositivo legal, documento público o fuente de Derecho alguno; motivo por el cual, tratándose de un elemento no establecido por el ordenamiento jurídico, resultó necesario recurrir a información objetiva de mercado que determine su valor.

Es así que, Osinergmin tomó como referencia al "*salary pack*" el cual es un documento elaborado por la empresa PRICE WATERHOUSE COOPERS (PwC) S.R.L., que recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en nuevos soles. Dicho instrumento se realiza en función a información proporcionada por más de 300 (trescientas) empresas nacionales e internacionales y de más de 700 (setecientos) puestos de trabajo entre posiciones corporativas, de empleados y obreros, por lo que refleja información objetiva del mercado¹⁵.

A partir de la información proporcionada por dicho estudio se estimó el valor del costo evitado por concepto de mano de obra y especialista encargado, el mismo que se dividió entre 12 (doce) debido a que los valores de los sueldos expresados en dicho documento es de tipo anual, sin ninguna referencia a gratificaciones u otros conceptos como pretende sostener la recurrente.

Acorde con lo señalado, la utilización del "*Salary Pack*" responde a las exigencias del Principio de Razonabilidad y el requisito de debida motivación, toda vez que ante la ausencia de regulación expresa sobre los sueldos del personal involucrado se utilizó información objetiva y verificable proveniente de un estudio de mercado para respaldar el cálculo de la multa impuesta, la misma que se fijó dentro del rango previsto en los numerales 1.1.10 del Rubro B y 3.9.2 del Rubro C del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD.

En cuanto a la inclusión del costo por uso de herramientas, equivalente a 4%, corresponde reiterar que éste forma parte del cálculo de los costos postergados debido a que se trata de elementos materiales necesarios para ejecutar las acciones encaminadas a dar cumplimiento al literal b) del artículo 236°, al numeral 2 del literal d) del artículo 104° y al inciso e) del artículo 236° del RSSO, por lo que su inclusión se sustenta en el factor B establecido por la Resolución de Gerencia General N° 035, definido líneas arriba.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en torno al empleo del Salary Pack y la inclusión del costo por uso de herramientas.

De otro lado, BUENAVENTURA refiere que no se habría justificado la aplicación del plazo de (01) un mes de trabajo del supervisor o especialista encargado, así como el concepto de costo de supervisión no vinculado.

Sobre el particular, se debe señalar que contrariamente a lo argumentado por la apelante, en los numerales 1, 2 y 3 del Anexo de la resolución recurrida la GFM precisó que la aplicación de dicho plazo era el resultado de considerar un factor de ajuste para valorizar la labor del supervisor o especialista, la cual se considera de tipo

¹⁵ Información extraída del pie de página N° 7 del Anexo de la Resolución N° 1591-2015 y el portal web de PwC, disponible en: https://www.ghrs.com.pe/int_salary_encuesta.htm

permanente en la medida que la vigilancia y control de la seguridad de la operaciones debe realizarse en forma ininterrumpida; en atención a ello, este factor determinó que debía aplicarse el periodo mínimo de contratación de dicho personal, esto es, (01) un mes, lo cual resulta razonable y no desproporcionado.

Aunado a ello, conviene indicar que el concepto denominado "servicios no vinculados a la supervisión" responde al mandato contenido en el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, según el cual este Organismo debe prever que la comisión de la infracción no resulte más ventajosa para los administrados que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. De allí que dicho concepto contribuya a la finalidad de la multa consistente en desincentivar el incumplimiento del RSSO y, por ende, evitar el desarrollo de operaciones mineras en condiciones inseguras, debiendo aclararse que tal y como indica su denominación, éste no incluye costos vinculados con la supervisión.

Por otra parte, respecto a que no se habría motivado la aplicación del COK, cabe manifestar que en los numerales 1, 2 y 3 del Anexo de la resolución recurrida se indicó claramente que la tasa COK en el cálculo del costo postergado se utilizó con el propósito de determinar el beneficio económico por dicho concepto, toda vez que este beneficio es equivalente a la diferencia entre el costo de subsanación capitalizado en función a la aludida tasa y el costo de subsanación efectivo.

A su vez, corresponde indicar que si bien la apelante cuestiona la fuente utilizada por este Organismo para la determinación de la tasa COK, lo cierto es que de acuerdo al Principio de Razonabilidad expuesto al inicio del presente numeral, la graduación de la sanción es una labor que se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración en el caso de multas no tasadas, razón por la cual se consideró objetivo calcular dicha tasa en función al estudio de valorización de una empresa del sector que constituye información pública presentada a la Superintendencia del Mercado de Valores.

Como puede apreciarse, la GFM sí motivó adecuadamente la aplicación del lapso de trabajo del especialista encargado, el costo de supervisión no vinculado y la aplicación de la tasa COK, por lo que no se ha producido vulneración alguna del Principio de Debido Procedimiento, correspondiendo desestimar lo alegado sobre el particular.

Finalmente, debe resaltarse que de la revisión de los sub-numerales 4.1, 4.2 y 4.3 del numeral 4 de la resolución impugnada y los numerales 1, 2 y 3 de su Anexo, la GFM sí consideró la subsanación de la infracción antes del inicio del presente procedimiento, lo que se materializó en el cálculo del factor "B", motivo por el cual se utilizó la metodología del costo postergado; así como en la estimación del factor "A", en calidad de circunstancia atenuante, lo que contribuyó a que la multa base (B/p) se redujera en un 10%.

En atención a los considerandos expuestos, corresponde declarar infundados estos extremos del recurso de apelación.

6. Respecto al argumento contenido en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en aplicación del Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, este Colegiado considera que para el cálculo de la ganancia ilícita sólo debe tomarse en cuenta aquella derivada de las

operaciones mineras de la administrada y no la de otras operaciones mineras u otros negocios.

En contraposición a ello, de la revisión del numeral 3 del Anexo de la resolución impugnada, se verifica que la GFM para la determinación de la sanción por la infracción al literal estimó dicho factor en función a las utilidades netas de BUENAVENTURA, según sus estados financieros correspondientes al tercer trimestre de 2011, la cual incluye ingresos no vinculados a las operaciones mineras de dicha empresa; transgrediendo el aludido Principio.

Siguiendo este orden de ideas, cabe señalar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.

En tal sentido, al haberse verificado que la resolución recurrida se dictó en vulneración del Principio de Razonabilidad, en aplicación del numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley N° 27444, corresponde declarar fundado en parte el recurso de apelación presentado por BUENAVENTURA; y, en consecuencia, la nulidad de la resolución recurrida en el extremo referido al cálculo de la ganancia ilícita por la infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO, al haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley¹⁶.

Asimismo, en aplicación del numeral 217.2 del artículo 217° de la Ley N° 27444, este Tribunal Administrativo procederá a modificar el cálculo de la ganancia ilícita y, por consiguiente, de la multa total aplicable para la infracción antes citada, considerando la utilidad derivada de las operaciones mineras de BUENAVENTURA; conforme a lo expuesto al inicio del presente numeral y lo solicitado por dicha administrada¹⁷.

Antes bien, es pertinente precisar que se ratifican y mantienen los demás valores asociados al costo postergado, la probabilidad de detección (factor "P") y los criterios de gradualidad (factor "A"), toda vez que los argumentos expuestos por la BUENAVENTURA en torno a los mismos se encuentran desvirtuados en atención al análisis desarrollado en el numeral anterior de la presente resolución.

De acuerdo a lo señalado, se detalla al cálculo de la ganancia ilícita y la multa total aplicable para la infracción al inciso e) del artículo 236° del RSSO:

¹⁶ Ley N° 27444.

"Artículo 217.- Resolución

217.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión. (...)"

"Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)"

¹⁷ Ley N° 27444.

"Artículo 217.- Resolución (...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo."

Cuadro Nº 1.- Cálculo de ganancia ilícita¹⁸

Mes	Utilidad Neta (US\$)	Tipo de Cambio	Ratio días de infracción por días del mes	Utilidad neta (prorrataada) en período de infracción (S/.)	Utilidad ajustada a la fecha de cálculo de multa (S/.)
jun-11	35,784,701.37	2.742	0.03	3,165,093.04	3,561,874.48
Total Utilidad del periodo BUENAVENTURA (S/.)					3,561,874.48
Total Utilidad del periodo Unidad Minera Orcopampa (S/.) - 47.88%					1,705,412.93
Total Utilidad del periodo Unidad Minera Orcopampa asociado al total de extracción de mineral (S/.) - 75%					1,279,059.70
Total Utilidad del periodo Unidad Minera Orcopampa asociado al mineral en el Tajo 886 (S/.) - 4.52%					57,757.96
Ganancia Ilícita - Factor B (S/.)					57,757.96

Cuadro Nº 1.- Cálculo de la multa

Descripción	Monto
Costo de Subsanción (S/. julio 2011)	17,936.09
Tipo de Cambio, julio 2011	2.742
Costo de Subsanción (US\$ julio 2011)	6,541.50
Fecha de cumplimiento	26/07/2011
Fecha de detección de infracción	25/07/2011
Periodo de capitalización en días	1
Tasa COK diaria	0.04%
Costo de subsanción capitalizado (US\$ julio 2011)	6543.82
Beneficio económico por costo postergado (US\$ julio 2011)	2.32
TC julio 2011	2.742
Beneficio económico por costo postergado (S/. julio 2011)	6.37
IPC julio 2011	105.31
IPC mayo 2015	119.23
Beneficio económico por costo postergado (S/. mayo 2015)	7.21
Escudo Fiscal	2.16
Beneficio económico por costo postergado (S/. mayo 2015)	5.05
Servicios de Supervisión no vinculados (15% de Costo de Supervisión)	4534.26
Beneficio económico de la infracción - Factor B	4,539.31
Ganancia ilícita (S/. mayo 2015)	57,757.96
Beneficio económico de la infracción - Factor B	62,297.26
Probabilidad de detección	100%
Multa Base	62,297.26
Factores agravantes y atenuantes	0.975
Multa (S/.)	60,739.83
Multa (UIT)	15.78

¹⁸ Se considera la utilidad de BUENAVENTURA para el mes julio de 2011 (fecha de la infracción), obtenida a partir de la ganancia neta del ejercicio 2011 de los estados financieros anual auditados de carácter individual, reportados por dicha empresa a la Superintendencia del Mercado de Valores.

Por lo tanto, el monto de la multa por la infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO queda fijado en 15.78 (quince con setenta y ocho centésimas) UIT.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias y; toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 1591-2015 de fecha 08 de julio de 2015, respecto al cálculo de la ganancia ilícita en la determinación de la sanción por la infracción al literal e) del artículo 236° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM; declarándose la **NULIDAD** en dicho extremo; e **INFUNDADO** el mencionado recurso administrativo en sus demás extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Modificar la multa impuesta para la infracción al literal e) del artículo 236° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, fijándola en 15.78 (quince con setenta y ocho centésimas) UIT.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira y María Timmy Mercedes Chappuis Cardich.


ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE

El voto singular del señor Vocal Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo es el siguiente:

Expendo el presente voto singular, atendiendo a que si bien comparto el sentido de lo resuelto en el numeral 5 de la parte considerativa de la presente resolución, difiero de los fundamentos expuestos en el numeral 6 de su parte considerativa en torno al cálculo de la ganancia ilícita correspondiente a la infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO; razón por la que considero que debe confirmarse dicho extremo de la resolución apelada, por lo siguiente:

1. De acuerdo al literal e) del rubro II de los criterios aprobados por Resolución de Gerencia General N° 035, cuando las empresas supervisadas realizan sus actividades incumpliendo las disposiciones de seguridad y salud ocupacional, esta acción representa al infractor una ventaja económica cuyo cálculo incluye, entre otros, el beneficio ilícito obtenido, el cual se determina en función a la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.
 2. En tal sentido, considerando que la infracción imputada a BUENAVENTURA se vincula al incumplimiento de la velocidad de aire pues se encontraba por debajo del límite mínimo permisible en las labores subterráneas Tajo 886 Nv. 3340 y R.B. N° 2 By Pass 900W Nv. 3340 de la Unidad Minera Orcopampa, corresponde incluir dentro del factor "B" las ganancias ilícitas generadas a favor de dicha administrada como consecuencia de haber ejecutado actividades de extracción de mineral en la labor Tajo 886 Nv. 3340 infringiendo el literal e) del artículo 236° del RSSO.
 3. Al respecto, cabe indicar que según lo dispuesto por el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, y los numerales 11.2 y 11.3 del artículo 11° del Reglamento aprobado por Resolución N° 272-2011-OS/CD, la sanción debe tener un efecto disuasivo, indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita; y un efecto punitivo, que refleje el desvalor social del ilícito¹⁹.
- Por tal motivo, considero que el cálculo de la ganancia ilícita debe realizarse en función a todos los ingresos económicos generados a favor del infractor, toda vez que ello constituirá un verdadero desincentivo en la comisión de infracciones al RSSO y reflejará el fin aflictivo propio de toda sanción administrativa.
4. En línea con lo anterior, el numeral 3.1 del Informe Técnico N° OEE-060-2015²⁰ de fecha 24 de setiembre de 2015 emitido por la Oficina de Estudios Económicos, con ocasión del Expediente N° 201100078684, señala que la consideración del beneficio ilícito en el valor de la multa permite revertir, desde un punto de vista disuasivo, las ganancias que la empresa obtiene a partir de la conducta infractora, razón por la cual dicho factor debe cuantificar las variaciones en la generación de riqueza del agente económico infractor al incorporar las ganancias ilícitas derivadas del incumplimiento.

¹⁹ Resolución N° 272-2012-OS/CD
"Artículo 11.- Objetivos de la sanción.

11.2. Prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas o asumir la sanción correspondiente. La sanción debe tener un efecto disuasivo indispensable para evitar que la conducta antijurídica se repita.

11.3. Cumplir con su efecto punitivo."

²⁰ El Informe Técnico N° OEE-060-2015 amplía y detalla la fundamentación del método de cálculo de la ganancia ilícita a partir de la utilidad neta de la empresa y fue emitido con ocasión del Expediente N° 201100078684 que contiene el procedimiento administrativo sancionador tramitado contra BUENAVENTURA por la infracción al literal d) del artículo 210° del RSSO.

En efecto, según la Teoría de la Ejecución Pública de las Leyes, en que se basa el esquema sancionador de Osinergmin, la riqueza de los agentes económicos constituye un elemento central en función al cual se determina la sanción aplicable; por lo que debe considerar todas las ganancias o fuentes de renta del infractor.

5. Lo señalado en el numeral anterior, no es ajeno a la legislación y práctica administrativa nacional, toda vez en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se reconoce al INDECOPI la potestad de imponer sanciones considerando, entre otros, los ingresos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la emisión de la resolución correspondiente; es decir lo considerado para desincentivar la conducta es aún mayor que lo realizado en este caso por la primera instancia, pues la ganancia ilícita para el cálculo de la multa involucra inclusive todas las actividades económicas del administrado.
6. Asimismo, corresponde precisar que -en la medida que sólo cabe tomar en cuenta la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento- el cálculo de la ganancia ilícita debe aplicarse al periodo de la infracción y ser ajustado a la unidad minera, fase de la actividad y el área o zona en que se verificó el incumplimiento.
7. En el presente caso, cabe señalar que de la revisión del numeral 3 del Anexo de la resolución impugnada se verifica que la Gerencia de Fiscalización Minera de Osinergmin realizó el cálculo en función a los criterios descritos previamente, lo que se resume a continuación:

- Se consideraron las utilidades de la recurrente para el trimestre de julio a setiembre de 2011 (US\$. 208,016.00)
- Se prorrateó dicho monto para hallar el correspondiente al mes de julio de 2011 (US\$. 70,092,347.83), en el que se detectó la infracción
- Posteriormente se individualizó el valor de la utilidad generada por la Unidad Minera Orcopoampa, asignándole una participación del 47.88% (S/.3,340,432.97)²¹
- Luego de ello, al valor resultante (S/.3,340,432.97) se le redujo el 25% que representa el valor agregado derivado del proceso metalúrgico con el propósito de considerar únicamente el valor de extracción, obteniéndose una utilidad total de S/.2,505,324.73.
- Finalmente, el valor anterior se ajustó a la baja, con un factor de 4.52%, a efectos de obtener la utilidad generada en la zona en la que se detectó la infracción, esto es, el área del Tajo 886, obteniéndose una ganancia ilícita de S/.113,131.88.

8. Como puede apreciarse, el procedimiento de cálculo de la ganancia ilícita fue explicado y desarrollado a detalle en el numeral 3 del Anexo de la resolución de sanción, empleándose como insumo información objetiva y pública (estados

²¹ La información relativa a las utilidades netas fueron extraídas de los estados financieros de BUENAVENTURA para el tercer trimestre de 2011, disponible en el portal institucional de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV.

financieros obrantes en los archivos de la Superintendencia del Mercado de Valores y declaración estadística mensual del Ministerio de Energía y Minas).

Además, se consideró únicamente la utilidad derivada del incumplimiento, razón por la cual el cálculo de este factor se encuentra debidamente motivado y se adecúa a los criterios de graduación aprobados.

9. Finalmente, resulta oportuno destacar que en la Resolución N° 084-2015-OS/TASTEM-S2 de fecha 26 de junio de 2015, esta Sala se ha pronunciado favorablemente entorno al cálculo de la ganancia ilícita a partir de la utilidad neta de los estados financieros, esto es, siguiendo el mismo criterio utilizado por la GFM para la determinación y graduación de la sanción impuesta a BUENAVENTURA en el presente caso²².

De igual modo, cabe señalar que de acuerdo al Cuadro N° 2 del numeral 3.3 del citado Informe Técnico N° OEE-060-2015, existen un total de 09 (nueve) procedimientos administrativos sancionadores en etapa de apelación, en los que las empresas mineras sancionadas no han cuestionado el cálculo de la ganancia ilícita pese a que se trata de la misma metodología empleada en la resolución recurrida; lo que constituye el reconocimiento sobre la validez de su aplicación.

10. En atención a lo expuesto, mi voto es porque se declare infundado el recurso de apelación presentado por BUENAVENTURA en todos sus extremos.



RICARDO MARIO ALBERTO MAGUIÑA PARDO
Vocal

²² La Resolución N° 084-2015-OS/TASTEM-S2 de fecha 26 de junio de 2015 resolvió el recurso de apelación interpuesto por BUENAVENTURA contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 1145-2015 de fecha 14 de mayo de 2015, a través de la cual se le sancionó con multa por haber incurrido en 02 (dos) infracciones al RSSO (Expediente N° 201100070260).